

Gianni Mignone

**COINTERESSENZA,
ASSOCIAZIONE IN
PARTECIPAZIONE O SOCIETÀ?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 17 aprile 2014, n. 8955 — SALMÈ *Presidente* — CAMPANILE *Estensore* — VELARDI P.M. (diff.) — Seconds Out s.a.s. (avv.ti Corain, Tavella) c. Mediavip s.p.a. (avv.ti Ludini, Giaimo).

Cassa con rinvio App. Torino, 31 ottobre 2007.

Associazione in partecipazione - Utili e perdite - Partecipazione - In genere - Cointeressenza impropria - Sinallagmaticità - Configurabilità - Conseguenze - Norme per i contratti a prestazioni corrispettive - Applicabilità.

(Codice civile, artt. 1220, 1460, 2549, 2553, 2554).

Associazione in partecipazione e cointeressenza - Autonoma soggettività giuridica - Insussistenza - Autonomia patrimoniale - Insussistenza.

(Codice civile, artt. 2549, 2552, 2553).

Cosa giudicata civile - Qualificazione giuridica del rapporto - Formazione del giudicato - Condizioni - Fattispecie in tema di contratto di cointeressenza.

(Codice civile, art. 2909; Codice di procedura civile, art. 324).

Il contratto di cointeressenza impropria, quale risulta delineato dall'art. 2554 cod. civ., si qualifica per il carattere sinallagmatico fra l'attribuzione da parte di un contraente (associante) di una quota di utili derivanti dalla gestione di una sua impresa all'altro (associato) e l'apporto che quest'ultimo, senza partecipare alle perdite, conferisce per lo svolgimento di quell'impresa. Ne consegue l'applicabilità delle norme dettate per i contratti a prestazioni corrispettive, tra cui gli artt. 1460 e 1220 cod. civ. (1).

(Massima ufficiale).

Nell'associazione in partecipazione, come nella cointeressenza, non si ha la formazione di un soggetto nuovo, né la costituzione di un patrimonio autonomo, né la comunanza dell'affare o dell'impresa, né una comune assunzione di rischi e responsabilità; l'affare o l'impresa rimangono di esclusiva pertinenza dell'associante, o del cointeressante, così come a lui soltanto continuano ad appartenere tutti i mezzi per la conduzione dell'uno o dell'altra e tutti i relativi poteri di gestione e di decisione (2).

(Massima non ufficiale).

Il giudicato può formarsi anche sulla qualificazione giuridica di un rapporto, se questa abbia formato oggetto di specifica contestazione tra le parti e se sul punto deciso, costituente antecedente necessario ed indispensabile della pronuncia sulla domanda, la parte interessata non abbia proposto impugnazione. Ne consegue che la mera riproduzione di una norma di legge (nella specie, in un lodo arbitrale) non può da sola costituire una statuizione sulla qualificazione giuridica del rapporto, suscettibile di cosa giudicata, ove la qualificazione stessa non abbia formato oggetto di contestazione fra le parti (3).

(Massima non ufficiale).

*Omissis. — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — 1. Insorta controversia fra la S.p.a. Mediavip e la S.a.s. Seconds Out in merito all'esecuzione di un contratto biennale concluso in data 28 settembre 2000, avente ad oggetto la partecipazione alla pubblicazione di calendari interregionali del gioco del golf, da distribuire unitamente all'annuario del calendario ufficiale della Federazione Italiana Golf, edito in concessione dalla Mediavip, veniva intrapreso, in forza di apposita clausola compromissoria, giudizio arbitrale, conclusosi con lodo emesso in data 18 luglio 2005, con il quale la Mediavip veniva condannata a pagare le somme di euro 5.555,71 e 2.041,20 per l'anno 2001, in cui il contratto aveva avuto esecuzione, euro 23.351,93, per l'anno 2002, attribuite — ancorché il contratto non avesse avuto esecuzione — per essersi venuta detta società a trovare in una situazione di *mora credendi*.*

Veniva altresì rigettata la domanda proposta dalla Seconds Out di ottenere la parte di utili rivendicata in relazione alle annualità 2003 e 2004.

1.1. Con atto di citazione notificato in data 27 ottobre 2005 la S.p.a. Mediavip (d'ora in poi, per brevità, MV) conveniva in giudizio davanti alla Corte di appello di Torino la S.a.s. Seconds Out (d'ora in poi, SO) per ottenere la declaratoria di nullità del lodo sopra indicato, per aver errato gli arbitri nel qualificare il lodo come rituale e nell'individuare la durata del contratto, nonché nell'applicazione degli artt. 1206 e 1217 c.c., in merito al corrispettivo inerente all'anno 2002.

1.2. Il lodo veniva impugnato in via incidentale anche da SO, che ne deduceva la nullità parziale in relazione al rigetto delle domande inerenti ai ricavi ottenuti con i cartelloni pubblicitari (totem) e agli utili degli anni 2003 e 2004.

1.3. Per quanto qui maggiormente interessa, la Corte di appello, rigettati i primi due motivi di impugnazione, e ribadita la natura rituale dell'arbitrato e la validità della statuizione degli arbitri secondo cui il vincolo non si sarebbe risolto in via transattiva nel dicembre del 2001, accoglieva il terzo motivo dell'impugnazione principale, ritenendo che la decisione relativa all'attribuzione dei compensi per l'anno 2002 non fosse condivisibile, soprattutto in considerazione dell'inapplicabilità al contratto concluso fra le parti, di associazione in partecipazione nella forma delle cointeressenza, in quanto privo di sinallagmaticità, della norma contenuta nell'art. 1460 c.c. Conseguentemente doveva escludersi che l'offerta, formale o informale, della prestazione, attribuisse all'offerente, ovvero a SO, il diritto di pretendere l'adempimento della prestazione da parte dell'altro contraente.

1.3. Venivano inoltre dichiarati inammissibili i primi tre motivi dell'impugnazione incidentale, inerenti, il primo, alla pretesa correlata ai cartelloni pubblicitari, il secondo ai compensi per gli anni 2003 e 2004, e il terzo la determinazione dei compensi per l'anno 2002, osservandosi che l'interpretazione effettuata dagli arbitri e la relativa motivazione non fossero state adeguatamente censurate.

1.4. Veniva infine dichiarato inammissibile anche il quarto motivo dell'impugnazione incidentale, concernente il regolamento delle spese del procedimento arbitrale, in quanto tendente, ad avviso della Corte della d'appello, ad ottenere una diversa valutazione nel merito delle circostanze poste alla base della decisione arbitrale.

1.5. Pronunciando in sede rescissoria limitatamente alla questione oggetto della pronuncia di nullità parziale, la Corte rigettava la domanda di SO inerente ai compensi per l'anno 2002 ed, infine, poneva le spettanze degli arbitri a carico delle parti nella misura del cinquanta per cento ciascuna e condannando MV al pagamento delle spese del giudizio di impugnazione del lodo.

1.6. Per la cassazione di tale decisione SO propone ricorso, affidato a sei motivi, cui MV resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — 3. Con il secondo motivo — formulandosi idonei quesiti di diritto — si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2554, 1460 e 1220 c.c., sostenendosi che, avendo gli arbitri qualificato il contratto concluso fra la parti in termini di associazione in partecipazione, nella speciale figura definita come cointeressenza, erroneamente la Corte territoriale ne avrebbe escluso il carattere sinallagmatico, con conseguente inapplicabilità degli artt. 1460 e 1220 c.c.

3.1. La censura è fondata.

Come già rilevato da questa Corte (Cass., 24 giugno 2011, n. 13968; Cass., 28 maggio 2010, n. 13179), l'associazione in partecipazione, secondo la nozione che ne viene data dall'art. 2549 c.c., e la disciplina cui essa viene assoggettata negli articoli successivi, si qualifica proprio per il carattere sinallagmatico fra l'attribuzione da parte di un contraente (associante) di una quota degli utili derivanti dalla gestione di una sua impresa e di un suo affare all'altro (associato) e l'apporto, da quest'ultimo conferito, che può essere di qualsiasi natura purché avente carattere strumentale per l'esercizio di quell'impresa o per lo svolgimento di quell'affare. Nell'associazione in partecipazione non si ha la formazione di un soggetto nuovo, né la

costituzione di un patrimonio autonomo, né la comunanza dell'affare o dell'impresa; l'affare o l'impresa rimangono di esclusiva pertinenza dell'associante così come a lui soltanto continuano ad appartenere tutti i mezzi per la conduzione dell'uno o dell'altra e tutti i relativi poteri di gestione e di decisione (art. 2552 c.c.).

3.2. L'assimilazione di detta figura ai contratti associativi con comunione di scopo, effettuata dalla Corte territoriale, non può essere condivisa, in quanto — ove naturalmente si prescinda da mere assonanze sul piano fonetico — le diverse connotazioni sul piano delle conseguenze giuridiche, anche rispetto ai fenomeni societari, sono rilevanti, ove si considerino la mancata formazione, nell'associazione in partecipazione, di un patrimonio comune, nonché l'assenza di una comune assunzione di rischi e di responsabilità (Cass., 11 giugno 1991, n. 6610).

3.3. Né a diverse conclusioni può pervenirsi in relazione al rapporto di cointeressenza, quale delineato dall'art. 2554 c.c., e ravvisato nel caso di specie, in quanto, non dubitandosi, come emerge dalla stessa ricostruzione contenuta nella sentenza impugnata, della necessità di un apporto da parte di SO, verrebbe comunque in considerazione una cointeressenza c.d. "impropria", parimenti non priva di carattere sinallagmatico, laddove è prevista una partecipazione agli utili, ma non alle perdite, pur sempre in corrispettivo di un determinato apporto (cfr. Cass., 8 giugno 1985, n. 3442).

3.4. L'affermazione contenuta nella sentenza e nel controricorso, secondo cui si sarebbe formato il giudicato sulla natura "propria" della cointeressenza, in quanto desumibile dal lodo, non appare condivisibile, sia perché nella decisione arbitrale, interamente riprodotta, come già evidenziato, nel ricorso, si fa anche esplicito riferimento alle "reciproche obbligazioni" delle parti, sia perché la mera riproduzione dell'art. 2554 c.c., non può da sola costituire una statuizione sulla qualificazione giuridica del rapporto suscettibile di cosa giudicata, ove la qualificazione giuridica stessa non abbia formato oggetto di contestazione fra le parti (Cass., 24 aprile 2013, n. 10053). L'esclusione del carattere sinallagmatico del rapporto, in sé considerato, ha poi comportato l'erronea affermazione dell'inapplicabilità dell'invocata disciplina di cui all'art. 1220 c.c.

(*Omissis*). — 7. In conclusione, la sentenza impugnata deve essere cassata in relazione all'unico motivo accolto, con rinvio alla Corte di appello di Torino che, in diversa composizione, applicherà il principio di diritto sopra indicato, provvedendo, altresì, al regolamento delle spese processuali relative al presente giudizio di legittimità. — (*Omissis*).

(1-3) Cointeressenza, associazione in partecipazione o società?

SOMMARIO: 1. L'inizio della vicenda: il contratto e il lodo arbitrale. — 2. Le pronunce d'appello e di Cassazione. L'associazione in partecipazione e la cointeressenza come contratti sinallagmatici. — 3. Parentesi: cointeressenza propria e impropria. — 4. Associazione in partecipazione e cointeressenza, fattispecie distinte. — 5. Ma il contratto è una società... — 6. Conclusioni.

1. *L'inizio della vicenda: il contratto e il lodo arbitrale.* — È da salutare con favore la possibilità di pubblicare una sentenza che tratta di associazione in partecipazione senza rientrare nell'ormai pervasivo filone in cui il contratto è usato per mascherare rapporti di lavoro subordinato. In questo caso la vicenda ⁽¹⁾ ha origine da un contratto stipulato nel settembre 2000 fra due società di marketing e servizi pubblicitari, la Mediavip s.r.l. (poi divenuta s.p.a.)

(¹) Per la cui ricostruzione è stato necessario verificare il lodo arbitrale e la sentenza d'appello, data la stringatezza del Fatto nella sentenza di Cassazione qui pubblicata, unita alla circostanza che in essa si fanno delle allusioni ad aspetti che dal solo suo testo non si comprendono. Taluni profili, in realtà, non si sono chiariti neppure dalla lettura delle due decisioni ora indicate, e si è fatto allora

e la Seconds Out s.a.s., per collaborare nella realizzazione, per i due anni successivi (2001 e 2002), di edizioni regionali (o volumi interregionali) dell'Annuario Calendario Ufficiale della Federazione Italiana Golf, sia in forma cartacea che di CD Rom interattivi.

La Mediavip era già in precedenza concessionaria della Federazione per l'edizione dell'Annuario Calendario Ufficiale. Il contratto, non qualificato in modo particolare dalle parti (ma sul punto si veda ampiamente oltre), prevede una "partecipazione alla gestione" delle due società nella misura del 65% per Mediavip e 35% per Seconds Out e contiene una clausola compromissoria, nonché un'altra di proroga tacita qualora la concessione della Federazione Golf sia rinnovata.

Già ai primi di dicembre del 2001, tuttavia (e cioè all'incirca a metà della durata contrattuale), i rappresentanti delle due società si incontrano per discutere su dissensi sopravvenuti. Come esattamente si sia concluso tale incontro non è stato possibile chiarire nella ricostruzione tentata dagli arbitri, date le discordanti versioni delle parti; di certo — e ciò spiega anche le difficoltà ricostruttive — esso non sfocia in un documento scritto. In concreto, per l'anno successivo la Seconds Out sembra non prestare altra collaborazione alla redazione dei Volumi interregionali, se non il fatto — obiettivamente verificabile — che il suo legale rappresentante continua a figurare come direttore responsabile. Secondo la controparte (Mediavip), ciò sarebbe avvenuto in conseguenza dell'accordo di dicembre e in cambio della somma forfettaria per il 2002 di 10 milioni di vecchie lire (circa 5.000 euro), ma l'affermazione non è confermata dalla Seconds Out e non verrà data successivamente per provata.

Nel giugno del 2004 quest'ultima società notifica all'altra la nomina di un arbitro, dando così origine alla relativa procedura, che si conclude con un lodo del 18 luglio 2005.

Le domande della Seconds Out consistono in una quantificazione della parte di utili ad essa spettante per il 2001 in misura diversa da quella riconosciuta dalla controparte (non ovviamente nella percentuale, ma nel calcolo concreto), più le quote del 2002, periodo per cui si sostiene l'ulteriore vigenza del contratto, nonché del 2003 e del 2004, in quanto quest'ultimo dovrebbe intendersi tacitamente rinnovato (si tralasciano qui una questione riguardante la natura rituale o irrituale dell'arbitrato ed altre relative a dettagli delle pretese economiche, giacché nessuna di esse trova risposta — o risposta significativa — nella sentenza qui in esame).

Dopo lo svolgimento di un'attività istruttoria, il 18 luglio del 2005 viene emanato il lodo arbitrale. In esso si affronta dapprima il problema della durata del contratto e in merito si stabilisce anzitutto che l'incontro del dicembre 2001, non essendo sfociato in un atto scritto, non ha avuto alcun esito transattivo ⁽²⁾ e non può quindi essere considerato di per sé impeditivo della prosecuzione della vigenza del contratto per il 2002.

Per quanto riguarda invece gli anni 2003 e 2004, il lodo non ritiene che il contratto possa considerarsi tacitamente rinnovato (come previsto da una sua clausola), in quanto era nel frattempo mutato anche il contratto di concessione che legava la Mediavip alla Federazione Tennis e ciò avrebbe richiesto — secondo gli arbitri — un nuovo accordo anche fra la Mediavip e la Seconds Out.

Venendo al tema centrale degli obblighi cui le parti sarebbero state tenute, il lodo qualifica il contratto fra esse intercorso come «quella variazione dello schema dell'associazione in partecipazione, nota come cointeressenza, di cui all'art. 2554 c.c., nel[la] quale la partecipazione agli utili ed alle perdite dell'affare comune ha luogo "senza il corrispettivo di un determinato apporto"» ⁽³⁾.

Dopo una lunga ed analitica quantificazione del dovuto per il 2001, in relazione all'anno

ricorso al contratto (per il reperimento di questi testi si ringraziano, per la loro cortesia, gli avvocati Federico Giaimo e Monica Togliatto di Torino e Massimo Tavella di Milano).

⁽²⁾ Ciò in base all'art. 1967 c.c., il quale richiede per la transazione la forma scritta *ad probationem*, nonché ad una clausola del contratto, secondo cui qualsiasi sua modifica avrebbe dovuto essere fatta per iscritto: a tenore dell'art. 1352 c.c., una simile previsione sarebbe idonea a rendere tale forma necessaria anche *ad substantiam*.

⁽³⁾ Lodo 18 luglio 2005, 11.

successivo il lodo affronta preliminarmente il quesito se il contratto abbia continuato ad operare o abbia visto cessare i suoi effetti (non in virtù del presunto accordo transattivo, ritenuto inesistente, ma) in presenza di una totale inattività della *Seconds Out*. Si affronta qui il punto nodale che sarà poi alla base delle successive pronunce d'appello e di Cassazione (qui pubblicata). Gli arbitri ritengono che la *Seconds Out* avrebbe effettuato non un'offerta formale di adempimento della propria prestazione, ex art. 1217 c.c., bensì, essendo ancora vincolata dal contratto e non avendo rifiutato la prestazione stessa, un'offerta non formale, ex art. 1220 c.c.: «basta quindi accertare ai fini dell'art. 1220 c.c. che, al momento previsto per la prestazione, vi fosse una disponibilità seria del debitore SO [*Seconds Out*] e che questi fosse effettivamente in grado di adempiere e pronto a farlo» (4). Ciò porrebbe la controparte, Mediavip, in una situazione di mora del creditore, che comporta l'obbligo di adempiere alla propria prestazione, consistente nel riconoscimento alla *Seconds Out* della sua quota di utili anche per il secondo anno.

2. *Le pronunce d'appello e di Cassazione. L'associazione in partecipazione e la cointeressenza come contratti sinallagmatici.* — Il lodo viene impugnato dalla Mediavip e, sullo specifico punto appena esaminato, la sentenza d'appello (5) parte dalla premessa (che sarà poi smentita dalla Cassazione) secondo cui la qualificazione del contratto operata dal lodo come cointeressenza, quale semplice variante dell'associazione in partecipazione con ripartizione di utili e perdite e senza un apporto, non è stata censurata e quindi non può più essere messa in discussione; ciò posto, ritiene che tale tipo di contratto rientri nel novero di quelli associativi o con comunione di scopo, e pertanto non sarebbero ad esso applicabili gli artt. 1460 e 1220 c.c., previsti per i contratti a prestazioni corrispettive. La società Mediavip non sarebbe dunque stata in mora credendi per il 2002 e non sarebbe perciò debitrice della quota relativa a quell'anno.

Con tale inquadramento, la Corte torinese mostra di accogliere, delle due teorie che si disputano il campo circa la "natura" dell'associazione in partecipazione, quella più antica. Il distacco teorico di questo contratto dal ceppo societario è stato lungo e travagliato, e si è operato compiutamente solo in Italia, mentre negli altri Paesi europei continentali le forme corrispondenti continuano a mantenere, nel nome e — in tutto o in parte — nella disciplina, elementi societari: *société en participation* in Francia, *stille Gesellschaft* in Germania (intermedia la situazione della *cuenta en participación* spagnola) (6). Nei codici di commercio del 1865 e del 1882 l'associazione in partecipazione era inserita nello stesso titolo delle società ("Società ed associazioni commerciali") e una norma del primo alludeva implicitamente al fatto che essa fosse una "specie" di società (art. 107 c. comm. 1865).

Il Codice civile del 1942 compie invece un passo in avanti decisivo, inserendo l'associazione in partecipazione e la cointeressenza in un autonomo titolo, una collocazione di pari livello, quindi, rispetto a quella delle società. Ciò nonostante, una parte della dottrina resta legata all'idea che l'associazione in partecipazione sia un contratto quanto meno a natura "associativa", o "di collaborazione" (7) ed anche parte della giurisprudenza, divenuta man mano minoritaria, segue questa impostazione (8). Tuttavia, già a partire dall'importante lavoro di

(4) Lodo, (nt. 3) p. 19.

(5) App. Torino, 31 ottobre 2007 (inedita).

(6) Su questi temi si consenta di rinviare a MIGNONE, *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo. L'evoluzione del rapporto partecipativo*, Napoli, Jovene, 2005, cap. IV.

(7) FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Scritti giuridici*, III, 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 1425; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 14ª ediz., Milano, Giuffrè, 2009, 224; DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori-Società*, 5ª ediz., Roma-Napoli-Città di Castello, Società Editrice Dante Alighieri, 1956, 408; CORAPI, *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nella associazione in partecipazione*, nota a Cass., 16 ottobre 1964, n. 2598, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 278; in termini problematici sul punto COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2011, 125 s., il quale sembra propendere per la natura associativa, pur ammettendo che la scelta classificatoria non ha di per sé conseguenze vincolanti per l'interprete.

(8) Cass., sez. lav., 3 febbraio 1996, n. 926; Cass., 26 luglio 1994, n. 6951 (la quale tuttavia

Mario Ghidini, la dottrina prevalente accoglie l'impostazione suggerita dal Codice e riconosce che l'associazione in partecipazione è un contratto di scambio, o sinallagmatico ⁽⁹⁾; la giurisprudenza si adegua per la maggior parte a questa tesi ⁽¹⁰⁾.

Così fa pure la sentenza che qui si commenta: in essa la Cassazione conduce il discorso con riferimento all'associazione in partecipazione, ribadendo i consueti (e corretti) argomenti a favore della sua natura sinallagmatica che si possono leggere nella seconda massima qui pubblicata (la prima delle non ufficiali); poi aggiunge che alle stesse conclusioni può pervenirsi in relazione alla cointeressenza, individuata nel caso di specie (deve rilevarsi quindi una condivisione della convinzione che essa sia un sottotipo dell'associazione in partecipazione). Di conseguenza, corregge la pronuncia della Corte d'appello sotto un duplice profilo: il primo, più gravido di conseguenze pratiche, consiste nel fatto che, essendo la "natura" sinallagmatica e non associativa, risulteranno applicabili gli artt. 1460 e 1220 c.c. e la società Mediavip può considerarsi in *mora credendi* per il 2002 (come stabilito dal lodo) e quindi in debito con la Seconds Out per gli utili di quell'anno. Il secondo profilo riguarda una precisazione sul tipo di cointeressenza di cui trattasi, rettifica puramente teorica, giacché entrambe sono sinallagmatiche: secondo la Cassazione, il contratto concluso fra le parti sarebbe una cointeressenza "impropria" (e non "propria"), risultando chiaramente da esso che la Seconds Out *ha fornito un apporto*, cosa che la cointeressenza propria esclude per definizione; è probabile che di tale contraddizione si fosse accorta anche la Corte d'appello, come è mostrato dal fatto che, prima di trarre le sue conclusioni, aveva in certo modo rimarcato la sua convinzione che la qualificazione del contratto operata dal lodo fosse «non censurata né più censurabile», quasi a giustificare una sua impossibilità di prendere posizione sul punto. La Cassazione si premura di correggere anche questo inesatto presupposto in tema di giudicato, ribadendo il principio qui riportato nella massima n. 3 ⁽¹¹⁾.

Dunque, sarebbe stato possibile, già da parte dei giudici di 2° grado, dare al contratto una qualificazione migliore di quella operata dal lodo. Ma quella fornita ora dalla Cassazione è

ammette l'applicazione al contratto della risoluzione per inadempimento, propugnata dai sostenitori della tesi della natura "di scambio" e non di una causa di scioglimento mutuata dalle società, come conseguirebbe alla natura "associativa"; Cass., 7 ottobre 1982, n. 5136, in *Arch. civ.*, 1983, 263; Cass., 28 maggio 1965, n. 1095, in *Dir. fall.*, 1965, II, 443; Trib. Napoli, 4 febbraio 1974, in *Dir. e giur.*, 1974, 761; App. Genova, 19 ottobre 1950, in *Temi gen.*, 1951, 122; App. Firenze, 30 aprile 1948, in *Giur. tosc.*, 1950, 446.

⁽⁹⁾ GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, Giuffrè, 1959, 41 ss.; COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, nota a Cass., 7 febbraio 1962, n. 253, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 330 ss.; DE FERRA, *Della associazione in partecipazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Libro quinto. Del lavoro*, artt. 2549-2554, Bologna-Roma, Zanichelli, 1973, 13; SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto privato dir. da Rescigno*, 17, Torino, Utet, 1985, 520 ss.; COSTI-DI CHIO, *Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione*, 3ª ediz., in *Giur. sistematica di dir. civile e comm. fond.* da Bigiavi, Torino, Utet, 1991, 915; DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 61 ss.; MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, ne *Il codice civile. Commentario dir. da Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2008, 215 s.

⁽¹⁰⁾ Cass., 24 giugno 2011, n. 13968; Cass., Sez. lav., 28 maggio 2010, n. 13179 (in relazione a fattispecie con apporto d'opera); Cass., 27 marzo 1996, n. 2715, in *Contratti*, 1997, 273, con nota di TRICARICO, *Risoluzione del contratto per inadempimento dell'associante*; Cass., 13 febbraio 1993, n. 2016, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 25 — sebbene il punto non sia massimato —; Cass., 2 giugno 1992, n. 6701, in *Corriere giur.*, 1992, 1117, con nota di DE ACUTIS, *Inadempimento dell'associante e risoluzione del contratto di associazione in partecipazione*; Cass., 18 giugno 1987, n. 5353, in *Società*, 1987, 920, con nota di CARBONE, *Le nuove frontiere dell'associazione in partecipazione*; in *Corriere giur.*, 1987, 972, con nota di CANTELE, *Accertamento degli utili nell'associazione in partecipazione*; in *Dir. fall.*, 1987, II, 587; Trib. Milano, 15 febbraio 1982, in *Società*, 1983, 24.

⁽¹¹⁾ Posizione pacifica: oltre a Cass., 24 aprile 2013, n. 10053 (citata dalla sentenza che si pubblica), Cass., 27 agosto 2002, n. 12562, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2494 e Cass., 9 febbraio 1995, n. 1473. Si osservi che la massimazione ufficiale non considera la presenza di questa massima.

ineccepibile? Un primo aspetto della risposta è controverso e riguarda la presenza o meno dell'apporto nella cointeressenza "impropria".

3. *Parentesi: cointeressenza propria e impropria.* — È noto che l'art. 2554, al 1° comma, definisce due tipi di cointeressenza, dapprima quella «senza partecipazione alle perdite», che gli interpreti hanno chiamato "impropria", e poi quella con partecipazione agli utili ed alle perdite e «senza il corrispettivo di un determinato apporto», detta "propria". Discusso è rimasto in dottrina, a causa della formulazione non molto felice della norma, se quest'ultimo inciso, riguardante l'assenza dell'apporto, riguardi la sola cointeressenza propria, accanto alla quale è formulato, oppure anche la prima tipologia.

La dottrina è quasi equamente divisa: alcuni ritengono che l'inciso finale della norma riguardi solo la cointeressenza propria e non l'impropria, che quindi manterrebbe la necessità dell'apporto ⁽¹²⁾; altri sono del parere che l'inciso, benché formulato in chiusura di periodo, riguardi entrambe le forme e che quindi la cointeressenza come tale è caratterizzata dall'assenza di un apporto, distinguendosi le due forme solo per la partecipazione ai soli utili (impropria) o ad utili e perdite (propria) ⁽¹³⁾. Chi scrive deve subito ammettere di ritenere più coerente col sistema quest'ultima ricostruzione, che ha il pregio di porre maggior ordine fra associazione in partecipazione e cointeressenza: essendo infatti riconosciuto che nella prima la partecipazione alle perdite può mancare ⁽¹⁴⁾, se si ammette che la cointeressenza impropria esiga l'apporto, allora essa viene in pratica a coincidere con un'associazione in partecipazione senza concorso sulle perdite. Ed infatti, fra i sostenitori della prima tesi è frequente l'affermazione secondo cui la cointeressenza impropria non sarebbe altro che un'associazione in partecipazione in cui siano escluse le perdite per l'associato ⁽¹⁵⁾. Ciò crea tuttavia un accavallamento di fattispecie, che si evita invece con la tesi qui propugnata: l'associazione in partecipazione "copre" tutte le varie ipotesi in cui si attribuisca una partecipazione agli utili (ed eventualmente anche alle perdite) in cambio di uno specifico apporto, la cointeressenza quelle in cui un'analoga partecipazione è attribuita senza apporto, in cambio di altri tipi di vantaggi (ad es. negozi connessi), o a titolo gratuito.

La giurisprudenza, tuttavia, segue per ora, e concordemente, la tesi opposta ⁽¹⁶⁾ e ciò spiega perché la Cassazione che si annota, volendo far emergere il fatto che la società Seconds Out ha fornito un apporto, parli di "cointeressenza impropria" e non di "associazione in partecipazione con esclusione delle perdite per l'associato".

4. *Associazione in partecipazione e cointeressenza, fattispecie distinte.* — A parere di chi scrive (col sostegno degli autori citati), l'uso della figura indicata per ultima sarebbe più opportuno, per le indicate ragioni di ordine sistematico. Si tratta tuttavia di un punto, come visto, ancora discusso e tutto sommato non troppo significativo in questa sede dal punto di vista degli effetti. Una secondo rilievo si può tuttavia muovere alla qualificazione della Cassazione, di peso più consistente (e salve le riserve più generali che si avanzeranno circa la qualificazione

⁽¹²⁾ GHIDINI, (nt. 9), 127; UBERTI-BONA, voce *Cointeressenza*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 308; FERRI, (nt. 7), 1434; COSTI-DI CHIO, (nt. 9), 972; F. SANTONI, (nt. 9), 538.

⁽¹³⁾ DE FERRA, (nt. 9), 119, 122 s.; WEIGMANN, voce *Cointeressenza*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione commerciale*, III, Torino, Utet, 1988, 124 s.; RUBINO DE RITIS, *Associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento e locazione*, nota Trib. Napoli, 28 febbraio 1989, in questa *Rivista*, 1991, II, 116; DE ACUTIS, (nt. 9), 91, 96; MIGNONE, (nt. 9), 691 ss.

⁽¹⁴⁾ V. da ultimo Cass., Sez. lav., 21 febbraio 2012, n. 2496, in questa *Rivista*, 2013, II, 5, con nota di MIGNONE, *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato*.

⁽¹⁵⁾ M. GHIDINI, (nt. 9), 127; F. SANTONI, (nt. 9), 538 s. In giurisprudenza, Cass., 15 aprile 1993, n. 4473; Cass., 23 gennaio 1996, n. 503, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2318; Cass., 15 luglio 1978, n. 3568.

⁽¹⁶⁾ Cass., 8 giugno 1985, n. 3442, in *Società*, 1986, 148, con nota di COVELLI; Cass., 2 agosto 1975, n. 2960, in *Riv. legisl. fisc.*, 1976, 1549; Cass., 18 luglio 1969, n. 2671, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 707; Cass., 17 aprile 1968, n. 1134, *ivi*, 1968, I, 1, 938.

di questo contratto come rapporto partecipativo): la Cassazione pone rimedio al fatto che il lodo, non contraddetto dalla Corte d'appello, aveva dimenticato che il presunto cointeressato fornisce un apporto, ma dimentica a sua volta che esso altresì *partecipa alle perdite*, come risulta chiaramente dal contratto ⁽¹⁷⁾, mentre *la cointeressenza impropria per definizione non lo prevede*. Ciò spiega forse perché gli arbitri avevano scartato l'ipotesi della cointeressenza impropria, optando per la "propria", ma lascia inspiegabile il perché gli uni e l'altra abbiano escluso quella più semplice e lineare, cioè l'associazione in partecipazione, la quale prevede l'apporto ed anche (almeno di regola) la partecipazione alle perdite!

Questo rilievo conduce ad una riflessione più generale, riguardante l'atteggiamento riscontrabile in tutti e tre i gradi di giudizio — e non solo in essi — circa i rapporti fra gli istituti dell'associazione in partecipazione e della cointeressenza; ci si intende riferire al già segnalato accostamento, anzi alla parziale sovrapposizione fra queste fattispecie: le cointeressenze (si usa il plurale per alludere ad entrambe) sarebbero semplici forme o varianti dell'associazione in partecipazione. Si osservino anche il neretto e la massima ufficiale (qui riprodotti senza variazioni), redatti da un diverso ufficio della Suprema Corte ma legati al medesimo pregiudizio: il neretto tratta promiscuamente di associazione in partecipazione e cointeressenza; la massima chiama addirittura "associante" e "associato" le parti del contratto di cointeressenza impropria, non tenendo alcun conto del fatto che è radicata la diversa terminologia di "cointeressante" e "cointeressato".

Un tale posizione è nettamente da respingere, e ciò su un piano più ampio della critica al già descritto accavallamento fra associazione in partecipazione con esclusione delle perdite per l'associato e cointeressenza impropria con apporto.

Ciò che ora si contesta è la più generale visione per cui la cointeressenza (generalmente intesa) sarebbe un derivato dell'associazione in partecipazione: ciò non risulta affatto dalla lettera della legge, né da una sua interpretazione sistematica. Il legislatore parla all'art. 2554, 1° c., del «*contratto di cointeressenza agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite*» (impropria) e del «*contratto con il quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili ed alle perdite della sua impresa*» (propria); usa, cioè, due volte l'espressione "contratto", in relazione sia all'una che all'altra delle due forme, parendo in tal modo conferire ad esse dignità di fattispecie autonome e non subordinate alla figura definita all'art. 2549. Vi è stato inoltre in dottrina chi ha notato che la cointeressenza si riferisce soltanto *all'impresa* (v. il testo del comma poc'anzi cit.) e non, come l'associazione in partecipazione, all'impresa o al singolo affare ⁽¹⁸⁾. Ancora, il legislatore dichiara estensibili alla cointeressenza gli artt. 2551 e 2552, escludendo implicitamente gli artt. 2550 e 2553, ed anche questo depone in favore di un'autonomia della fattispecie e contro una sua inclusione nel *genus* dell'associazione in partecipazione.

Una prova del nostro assunto è che Giuseppe Ferri, principale sostenitore della tesi della natura "associativa" dell'associazione in partecipazione aveva un'opinione del tutto diversa riguardo alla cointeressenza, che considerava contratto a prestazioni corrispettive ⁽¹⁹⁾. Con la conseguenza che la Corte d'appello sarebbe potuta pervenire alla stessa conclusione cui la Cassazione l'ha — per altra via — ricondotta (e cioè alla sinallagmaticità del contratto considerato) se non avesse dato per scontata la sudditanza della cointeressenza rispetto all'associazione in partecipazione, ma avesse ricercato autonomamente la teoria circa la sua "natura".

5. *Ma il contratto è una società...* — La storia non è finita, Come in un itinerario à rebours, chi scrive si è trovato a confrontarsi col contratto come ultima tappa della sua ricerca,

⁽¹⁷⁾ Si veda la formula riportata qui di seguito nel par. 5, secondo cui «Seconds out [...] si assumerà, in proporzione alla percentuale sopra stabilita, la responsabilità [...] ecc.».

⁽¹⁸⁾ WEIGMANN, (nt. 13), 125.

⁽¹⁹⁾ FERRI, (nt. 7), 1434; tale posizione è ricordata nel commento all'art. 2554 in MIGNONE, (nt. 9), 686 in nota 9.

che si è mossa appunto per gradi, ma all'indietro, cercando di comprendere ciò che nel successivo rimaneva oscuro.

E dal contratto è emerso un dato abbastanza sorprendente, che non era possibile ricavare dalle pronunce che lo riguardavano.

Esso — lo si è accennato — non si qualifica, anzi, potremmo dire in un diverso senso, si squalifica. Dopo la premessa secondo cui la Seconds Out è intenzionata con esso a «*collaborare* alla realizzazione delle edizioni regionali dell'Annuario Calendario Ufficiale della Federazione Italiana Golf», al punto 1) si afferma che le due società «*partecipano alla gestione* nelle suddette percentuali 65% Mediavip e 35% Seconds Out, di ogni operazione legata alla pubblicazione del Calendario» (tutti i corsivi sono aggiunti).

Si contrattualizza così un concetto di “partecipazione alla gestione” alquanto atecnico, poiché la comparsa contestuale delle percentuali farebbe pensare che si intendesse una partecipazione *agli utili* nelle indicate misure. Tuttavia, nel seguito del contratto, questa specificazione arriva: «Seconds Out inoltre si assumerà, in proporzione alla percentuale sopra stabilita, la responsabilità anche per quanto riguarda i fornitori dei costi indicati e del rispetto dei pagamenti (sic), così come assumerà il diritto ai ricavi [leggasi “agli utili”] nella misura di sua spettanza». Che peso dunque dare obiettivamente alla formula “partecipazione alla gestione”? Certo che, se presa alla lettera, la partecipazione di due soggetti alla gestione di un affare porta immediatamente il contratto fuori dalla sfera dell'associazione in partecipazione, nel quale «la gestione [...] spetta all'associante» (art. 2552, comma 1, c.c.). Anzi, proprio la partecipazione alla gestione è il tratto distintivo qualificante fra associazione in partecipazione e società ⁽²⁰⁾.

Si potrebbe obiettare — lo si è anticipato — che l'uso del termine “gestione” qui potrebbe essere atecnico e colloquiale, ma è inevitabile che, di fronte ad un dettato come questo, sarebbe difficile negare a ciascuna delle parti il diritto, *contrattualmente sancito*, a partecipare — oltre che agli utili — alla gestione dell'affare!

Oltre alla formula appena discussa, nel contratto ricorrono riferimenti ad una “collaborazione” o “cooperazione”: si è visto quello ad apertura di contratto; più avanti si legge che «Seconds Out si occuperà di coordinare l'inserimento dei contenuti ed apportare eventuali approfondimenti *in accordo con Mediavip*, della produzione e della pubblicazione del “Calendario Interregionale del mondo del golf”»; ancora oltre è previsto che «oltre agli impegni editoriali sopraindicati la Seconds Out *collaborerà* con la Mediavip fornendo adeguati servizi di supporto e *consigli inerenti all'attività commerciale*».

È vero che la società Mediavip si riserva la «proprietà delle registrazioni di domini Web, [e] marchi unitamente al copyright della pubblicazione», ma ciò solo in quanto essa «e[ra] già legata contrattualmente alla Federazione Italiana Golf per l'edizione 2000, 2001 e 2002 dell'Annuario Calendario Ufficiale».

Nel contratto figurano poi riferimenti ad una *partnership* fra i due contraenti (ed è noto che con tale termine in ambiente anglosassone si intende la società di persone): in un passo si legge che «per eventuali edizioni successive i partner provvederanno a concordare fra loro le caratteristiche, le eventuali modifiche e le implementazioni che si rendessero opportune»; in un altro Mediavip è qualificata «partner maggioritario», in un altro ancora si parla di «opportunità che Mediavip offre a Seconds Out [...] di essere partner per una iniziativa [...] di prestigio nel mondo del golf»; in chiusura di contratto, la clausola di tacito rinnovo, cui si è fatto cenno in precedenza, è formulata nei seguenti termini: «alla naturale scadenza del contratto, qualora Mediavip ottenesse dalla FIG la proroga dello stesso per la realizzazione dell'Annuario Calendario Ufficiale e versioni interregionali, la *partnership* con Seconds Out per la realizzazione delle versioni interregionali s'intenderà tacitamente rinnovata per il medesimo periodo della proroga».

⁽²⁰⁾ La dimostrazione in MIGNONE, (nt. 9), 191 ss. (riferita all'“esercizio in comune”, di cui peraltro la gestione comune è la parte più evidente) e 370 ss.

Infine, un'altra clausola istituisce a carico di Seconds Out un obbligo di non concorrenza riguardante altre eventuali pubblicazioni o attività «che abbiano specifica attinenza col mondo del golf», obbligo che richiama quello previsto dall'art. 2301 c.c. per i soci di società in nome collettivo.

Circa l'uso del termine “partnership”, è vero che le qualificazioni operate dalle parti non sono decisive (figuriamoci poi quelle che presuppongono addirittura cognizioni comparatistiche in un contratto confezionato in questo modo); tuttavia, ancora una volta, unite ad altri segnali e non contraddette — a quanto risulta — dai comportamenti tenuti dalle parti nell'esecuzione, esse sembrano spingere univocamente verso una direzione piuttosto che verso un'altra.

Non si vuole qui sostenere che la pattuizione di una società fosse la formula più idonea per perseguire gli intenti che le parti sembravano prefiggersi: la configurazione astrattamente preferibile appare effettivamente quella di un'associazione in partecipazione al singolo affare, in cui Mediavip figurasse come associante, in quanto titolare della concessione F.I.G., e Seconds Out associato d'opera, che cura in autonomia soltanto l'attività di propria competenza, senza ingerirsi nell'organizzazione generale. Ciò avrebbe tuttavia potuto farsi a condizione che questa seconda società avesse accettato il ruolo di comprimaria che la posizione di associato comporta.

Sta di fatto che, obiettivamente, ciò che risulta dal contratto e dall'attività concretamente svolta dalle parti non sembra essere un'associazione in partecipazione (né una cointeressenza impropria con apporto, secondo la visione della giurisprudenza), ma *una società in nome collettivo irregolare*.

Di conseguenza, di fronte all'evidente insoddisfazione per l'operato della controparte che Seconds Out manifesta al termine del primo anno di vigenza del rapporto, il rifiuto delle proprie successive prestazioni non era la risposta legittima da dare.

Se è vero che la presenza di soli due soci pare adombrare un contesto simile a quello in cui opera l'eccezione di inadempimento prevista per i contratti bilaterali, la natura associativa del contratto di società impone metodi di reazione diversi (fondati sulla *ratio* di un più intenso *favor* legislativo verso la conservazione del rapporto) ⁽²¹⁾: di fronte all'inadempimento dell'altro (inteso non solo come non-adempimento, ma anche come adempimento inesatto o non corretto), il socio può esercitare il recesso per giusta causa o, più incisivamente, qualora le inadempienze appaiano “gravi” (art. 2286, comma 1, c.c.), chiedere l'esclusione del consocio mediante provvedimento del giudice *ex art.* 2287, comma 3, c.c.), salvo sempre il risarcimento dei danni.

6. *Conclusioni.* — Il caso ora esaminato mostra come le fattispecie giurisprudenziali siano (spesso) complesse e quanto sia riduttivo esaminarle soltanto dalla prospettiva delle “massime”; nella vicenda specifica (ma così in molte altre), queste mostrano soltanto un'immagine approssimata ed appiattita della realtà, non rendendo conto delle sfumature e delle vere implicazioni in gioco. Ci si può anche domandare se uno studio della giurisprudenza fatto esclusivamente “per massime” sia utile per correggere gli errori di sistema e puntare ad una giustizia più efficiente, e prima ancora ad un mercato che abbia meno bisogno di contenzioso. Casi come quello esaminato sembrano deporre per il no. La descrizione del “fatto” operata nelle sentenze, che pure deve essere concisa (art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.), talora lo è al punto da risultare inutile (la sinteticità non può andare a scapito della chiarezza) e si nota talvolta una sottovalutazione della sua importanza nei testi di sentenze pubblicati su rivista. Anche la pubblicazione e il commento delle sola pronuncia di più alto grado, benché si colleghi a quella di una massima più autorevole, può non essere sufficiente ad una ricostruzione completa della vicenda ⁽²²⁾ e potrebbe allora ipotizzarsi il ricorso a metodi di pubblicazione integrale di tutte

⁽²¹⁾ COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto commerciale* dir. da Cottino, III. *Società di persone e consorzi*, Padova, Cedam, 2004, 271.

⁽²²⁾ Cfr. ad es. il commento a questa stessa sentenza, basato solo su di essa e non sulle

le pronunce che riguardano un caso (eventualmente con opportuni tagli nelle ridondanze dei testi).

Sul piano della politica giuridica, risulta dimostrata l'importanza del poter contare su una contrattualistica buona, o almeno sufficiente, mentre gli operatori danno prova di sottovalutare il problema, pensando di risparmiare sui costi iniziali, senza considerare che ciò li espone a sostenerne di ben più alti al momento della lite. Il non rivolgersi in sede di stipulazione del contratto a professionisti qualificati è anche una conferma del fatto che, nonostante si tratti di operatori commerciali, che si presumerebbero maggiormente smalzati, permane in essi la tipica fallacia che potremmo dire "dell'ottimismo iniziale", allorché si ritiene che "fra di noi non nasceranno mai problemi".

Sul piano più strettamente tecnico, risulta confermata l'impressione altrove manifestata ⁽²³⁾ che l'istituto partecipativo, nonostante il suo ampio retroterra, anche soltanto a partire dall'epoca della codificazione ⁽²⁴⁾, non sia ancora sufficientemente conosciuto e non ancora adeguatamente colto nelle sue potenzialità di ideale modello intermedio fra il finanziamento classico mediante mutuo e quello realizzabile attraverso il rapporto sociale.

GIANNI MIGNONE

pronunce precedenti, pubblicato da chi scrive in *Giur. it.*, 2014, 1929 ss., col titolo *La Cassazione riafferma il carattere sinallagmatico di associazione in partecipazione e cointeressenza*.

⁽²³⁾ MIGNONE, (nt. 9), 5.

⁽²⁴⁾ Già il *Code de commerce* napoleonico conteneva l'*association commerciale en participation*, in seguito mutata in *société*, e sulla sua scia il contratto fu inserito in tutte le codificazioni commerciali italiane, comprese quelle preunitarie.